Archiv
für die
civilistische Praxis.

Dreißigster Band. Erstes Heft.

I.

Zur Lehre von der bonorum possessio furiosi nomine.

Von
v. Vangerow.

§. 1.

Wenn einem Wahnsinnigen eine Erbschaft deferirt wird, so muß unterschieden werden, ob derselbe ein suus oder extraneus heres des Erblassers ist.

Im ersteren Falle ist es keinem Zweifel unterworfen, daß die Erbschaft ipso jure dem Wahnsinnigen erworben wird, l. 63. de acqu. v. omitt. hered. (29, 2.):

> Marcell. „Furiosus acquirere sibi commodum hereditatis ex testamento non potest, nisi si necessarius patri aut domino heres existat" [1]).

und dies wird noch ausdrücklich von Justinian, sowohl in den Institutionen [2]), als auch in der Konstitution bestä-

1) Vergl. auch l. 2. de cond. furt. (13, 1.): Condictione ex causa furtiva et furiosi et infantes obligantur, quum heredes necessarii extiterunt.

2) §. 3. J. de hered. quae ab intest. (3, 1.): Sui autem etiam ignorantes fiunt heredes, et licet furiosi sint, heredes pos-

tigt, welche die Erbrechts-Verhältnisse eines Wahnsinnigen ex professo zu normiren bestimmt ist, nämlich in l. 7. C. de curat. fur. (5, 70.), wo es in §. 2. so heißt:

> „Sin vero perpetuo furiosus sui juris sit, tunc in paterna quidem hereditate, quae quasi debita ad posteritatem suam devolvitur, nulla est juris veterum dubitatio, quum illico appareat et suus heres existat suis parentibus“ [3]).

---

sunt existere, quia quibus ex causis ignorantibus nobis acquiritur, ex his causis et furiosis acquiri potest. Et statim morte parentis quasi continuatur dominium, et ideo nec tutoris auctoritate opus est pupillis, quum etiam ignorantibus acquiratur suis heredibus hereditas; nec curatoris consensu acquiritur furioso, sed ipso jure.

3) Viele ältere Juristen haben aus diesen Worten des Kaisers den Satz abgeleitet, daß ein Wahnsinniger die väterliche Erbschaft stets ipso jure erwerbe, auch wenn er schon vor dem Tode seines Vaters sui juris gewesen sei („sin furiosus sui juris sit“), und da lag denn der weitere Schluß nahe, daß dem Wahnsinnigen überhaupt die Erbschaft eines Aszendenten, also auch der Mutter u. s. w., ipso jure zufalle, vergl. z. B. Franc. Raguell. comm. in Cod. ad l. 7. §. 2. cit., Richter variar. jur. decis. dec. 41. n. 24., Stryck succ. ab int. Diss. IX. C. 7. §. 24., Mueller ad Struv. Exerc. XXXVII. tit. 3. u. A. m. Diese Auslegung scheitert aber schon daran, daß darnach Justinian offenbar eine sehr bedeutende Veränderung des bis dahin geltenden Rechts eingeführt hätte, während er sich doch ausdrücklich für seine Entscheidung auf das ganz „unzweifelhafte frühere Recht“ beruft, und überdies geht unwiderleglich aus den Endworten unserer Stelle hervor, daß Justinian hier wirklich nur von dem suus heres spricht. Die anstößigen Worte: „sin vero perpetuo furiosus sui juris sit“ stehen damit auch nicht in dem mindesten Widerspruch, indem sie in augenscheinlichem Gegensatze zu dem im princ. behandelten Falle „quum furiosus in sacris parentis sui constitutus est“, den andern Fall ausdrücken sollen, wenn der Wahnsinnige im Augenblicke des zu machenden Erwerbs sui juris sei, und diese Voraussetzung paßt doch offenbar auch auf den suus heres, indem dieser ja durch den Tod seines Vaters sui juris geworden ist. Vergl. auch Gloss. ad h. l., Frehse (praes. Becmann) de adquis. hereditatis dementi delatae. Goett. 1772. §. 28. p. 72 sqq., v. Löhr in diesem

Daß eine solche ipso jure erworbene Erbschaft auch dann, wenn der Wahnsinnige im Wahnsinn verstirbt, unbedenklich auf dessen Erben übergeht, versteht sich von selbst [4]).

Für den zweiten Fall, wenn der Wahnsinnige extraneus heres des Erblassers ist, ist soviel außer allem eigentlichen Streit, daß nach Justinianischem Rechte zwar allerdings der Kurator des Wahnsinnigen eine bonorum possessio zu agnosziren berechtigt ist [5]), aber deßungeachtet diese Erbschaft dann, wenn der Wahnsinnige im Wahnsinn verstirbt, nicht auf die Erben desselben übergeht [6]);

Arch. V. S. 116., Mühlenbruch Forts. d. Glück'schen Kommentars Bd. 42. S. 454.

4) Da aber der richtigen Ansicht nach das jus abstinendi des suus heres auch auf dessen Erben übergeht, vergl. meine Abhandl. in diesem Arch. Bd. 24. S. 158 ff., so versteht es sich von selbst, daß auch die Erben eines wahnsinnigen suus hiervon noch Gebrauch machen können.

5) L. 7. §. 3. C. de curat. fur.: „— — curatori ejus licentiam damus, — — eam bonorum possessionem agnoscere, quae antea ex decreto dabatur."

6) Obgleich Justinian in l. 7. §. 8. C. de curat. fur. so deutlich wie möglich sagt, daß nicht die Erben des Wahnsinnigen, sondern vielmehr die anderweiten Erben des ersten Erblassers an die Reihe kommen sollen, so fehlt es doch nicht an Juristen, welche das Gegentheil behaupten, vergl. z. B. Valett Lehrb. III. §. 1065., v. Hartitzsch Erbr. §. 268. Wenn Valett a. a. O. Note 81. meint, diese Behauptung werde durch die Worte der l. 8. §. 9. C. de cur. fur. begründet, indem da von einer Ausschlagung der Erbschaft (?) durch den Erben des furiosus die Rede sei: so ist dieses offenbar verkehrt, indem der §. 9. gar nicht von Erbschaft, sondern gerade im Gegensatz dazu von Legaten und andern Erwerbungen redet (vergl. unten Note 19.), und bei diesen gelten allerdings ganz andere Grundsätze, als bei Erbschaften. — Eine andere, hier aber nicht weiter zu verfolgende Frage ist es, ob nicht die Erben des Wahnsinnigen möglicher Weise vermöge Transmissionsrechts zur Erbfolge gelangen können? Für die nähere Beantwortung derselben wird sich wohl in der Fortsetzung meiner Abhandlung über die Transmissionsfälle eine passende Stelle finden, und ich begnüge mich hier nur mit der Bemerkung, daß nach meiner Ansicht über die Natur der dem Kurator eines

und auch so viel steht fest, daß dann, wenn der Wahnsinnige bei jener Beerbung keine Miterben neben sich gehabt hat, und im Wahnsinn verstorben ist, jene Erbschaft zuerst den etwaigen Substituten, zweitens denjenigen Intestaterben des Erblassers, welche im Augenblicke des Todes des Wahnsinnigen als die nächsten erscheinen, und drittens endlich dem Fiskus deferirt wird [7]). Wie aber verhält es sich, wenn der Wahnsinnige nicht der einzige Erbe war, sondern noch Miterben neben sich hatte? Kommen hier gerade nur dieselben Personen an die Reihe, oder müssen nicht vielmehr in diesem Falle die Intestaterben des Erblassers durch die Miterben des Wahnsinnigen vermöge des Anwachsungsrechts ausgeschlossen werden? Die motivirte Beantwortung dieser Frage, die mit eigenthümlichen Schwierigkeiten verknüpft ist, ist die wesentliche Aufgabe der folgenden Untersuchung; da aber dieselbe ohne ein genaueres Eingehen in das Wesen der von dem Kurator eines Wahnsinnigen agnoszirten bonorum possessio nicht befriedigend gelöst werden kann [8]), so rechtfertigt sich doch auch die generellere Ueberschrift, die ich diesem Aufsatze gegeben habe.

§. 2.

Werfen wir zunächst einen Blick auf die Literatur über die spezielle Frage, die ich soeben als den eigentlichen Gegenstand dieser Abhandlung bezeichnet habe, so finden wir fast nirgends eine ausdrückliche Beantwortung derselben. Wohl aber wird ganz allgemein und in seltener Uebereinstimmung von unsren Juristen ein Dogma aufgestellt, wel-

---

Wahnsinnigen eingeräumten honor. possessio (vergl. unten §. 7.) die Voraussetzungen einer eigentlichen Transmission hier niemals begründet sein können.

7) L. 7. §. 8. cit.: — — si quidem successio est, ad eos referatur, volentes tamen, id est vel substitutum, vel ab intestato heredes vel ad nostrum aerarium."

8) Vergl. darüber besonders unten §. 7.

ches implizite allerdings auch eine unzweideutige Antwort auf jene Frage enthält. Man lehrt nämlich allgemein mit Berufung auf l. 7. §. 3. und 8. C. de curat. fur., so:

> „Wenn einem wahnsinnigen extraneus eine Erbschaft deferirt werde, so könne von einem eigentlichen Erbschafts-Erwerb keine Rede sein, sondern der Kurator des Wahnsinnigen sei nur berechtigt, eine provisionelle Besitzeinweisung zu impetriren; werde der Wahnsinnige wieder gesund, so könne er nach Belieben die Erbschaft antreten oder ausschlagen; sterbe er aber im Wahnsinn, so falle die Erbschaft jetzt nicht an die Erben des Wahnsinnigen, sondern vielmehr an die anderweiten Erben des Erblassers, die bisher durch die Existenz des Wahnsinnigen ausgeschlossen gewesen seien."

Der Gedanke, welcher dieser von ältern [9] wie neuern [10] Juristen fast einstimmig [11] angenommene Lehre zu Grunde liegt, ist augenscheinlich der, daß dann, wenn der

---

9) Vergl. z. B. Donell. comm. jur. civ. lib. VII. c. 9. §. 2. (in opp. II. p. 438.), Brunnemann. ad Cod. lib. V. tit. 70. const. 8., Perez praelect. ad Cod. lib. V. tit. 70. n. 12., Stryck succ. ab int. Diss. IX. c. 7. §. 24., Struv. synt. jur. civ. Exerc. XXXVII. tit. 3., a Sande decis. Frisic. lib. 4. tit. 8. def. 9., Meier colleg. Argentor. lib. XXIX. tit. 2. §. 9., Huber praelect. ad Instit. lib. II. tit. 19. §. 11. 14., Voet. comm. ad Pand. lib. XXVII. tit. 10. §, 5., Lauterbach. colleg. theor. pract. lib. XXVII. tit. 10. §. 32., lib. XXXVII. tit. 1. §. 18., Becmann (not. 3. cit.) §. 26 sqq. und viele Andere mehr.

10) Vergl. z. B. Böhmer auserlesene Rechtsfälle Bd. II. S. 296 ff., Rotermund de succ. furioso delata. Goett. 1825. §. 8., v. Löhr in diesem Archiv. V. S. 118 f., Zimmern Grundr. des Erbr. S. 77 f., Heise und Cropp jurist. Abhh. II. S. 170., Heimbach in Weiske's Rechtslex. II. S. 305 f., Mühlenbruch Forts. d. Glück'schen Komm. Bd. 42. S. 450 ff., und die Lehr- und Handbücher von Höpfner §. 543., Günther §. 865. not. 5., Hofacker §. 1443., Thibaut §. 869. (in d. 9. von Buchholz bes. Ausgabe §. 887.), Mackeldey §. 684., Schweppe §. 845., Mühlenbruch

Wahnsinnige im Wahnsinne versterbe, es zur Gewißheit werde, daß der Wahnsinnige nicht Erbe werden könne, und daß also nun die Grundsätze zur Anwendung kommen müßten, welche überhaupt für den Fall gelten, wenn ein berufener Erbe weggefallen sei, ohne die ihm deferirte Erbschaft erworben zu haben. Verfolgt man aber diesen Gedanken in seinen Konsequenzen, so muß darnach nothwendig, wenn der Wahnsinnige im Wahnsinn verstirbt, die demselben deferirte Erbschaft an folgende Personen in folgender Ordnung fallen [12]):

1. an etwaige Substituten, vorausgesetzt natürlich, daß dieselben noch im Augenblicke des Todes des Wahnsinnigen am Leben sind [13]);

2. an die Miterben des Wahnsinnigen vermöge des Anwachsungsrechts, und hierbei kann es auch nach der bekannten Regel: portio portioni accrescit nichts schaden, wenn der Miterbe schon vor dem Wahnsinnigen verstorben ist, so daß also in diesem Falle auch die Erben des Miterben an die Reihe kommen [14]);

---

§. 700., Seuffert §. 567., Wening §. 519., Göschen §. 954., Roßhirt §. 640., Puchta §. 520.

11) Daß einige Wenige aus offenbarem Mißverständniß die eigenen Erben des Wahnsinnigen den anderweiten Erben des Erblassers vorgehen lassen wollen, ist schon in Note 6. bemerkt worden.

12) Ich sehe hier ganz ab von dem Transmissionsrechte, s. oben Note 6. a. E.

13) Wenn ein Erbe unter einer Bedingung eingesetzt ist, so wird ihm bekanntlich die Erbschaft erst deferirt, wenn die Bedingung erfüllt ist, und stirbt er also während schwebender Bedingung, also vor Delation der Erbschaft, so muß natürlich die ganze Erbeinsetzung unwirksam werden. Hiernach versteht es sich von selbst, daß die Substitution erlöschen muß, wenn der Substitut stirbt, ehe es gewiß wird, daß der Institut die Erbschaft nicht erwirbt, denn er ist ja dann pendente conditione, also ante delatam hereditatem, gestorben; diese Gewißheit tritt aber in unsrem Falle erst mit dem erfolgten Tode des Wahnsinnigen ein.

14) L. 26. §. 1. de condit. et dem. (35, 1.), l. 9. de suis et legit. (38, 16.), l. un. §. 10. C. de caduc. toll. (6, 51.).

3. an die nächstfolgenden Intestaterben des Erblassers, und zwar nach allgemeinen Grundsätzen an diejenigen, welche sich im Augenblicke des Todes des Wahnsinnigen als die nächsten herausstellen [15]);

4. endlich an den Fiskus.

Freilich werden diese Konsequenzen, wie gesagt, nur von den Wenigsten besonders ausgesprochen, sondern fast Alle begnügen sich mit Aufstellung des oben angegebenen allgemeinen Grundsatzes; daß sie aber implicite in diesem Dogma enthalten sind, kann keinen Zweifel leiden, und so nehmen denn auch die Wenigen, die sich besonders darüber aussprechen, nicht den mindesten Anstand, sich auch zu diesen Konsequenzen zu bekennen. Namentlich gehört hierher Becmann in seiner umfangsreichen und sorgfältig durchgearbeiteten diss. de acquisitione hereditatis dementi delatae. Goett. 1772. 4., denn, nachdem derselbe vorher den Grundsatz selbst, ganz in der oben angedeuteten Weise, aufgestellt hat, spricht er sich über diese Konsequenzen wörtlich so aus [16]):

„Ante omnia distinguendum est hoc casu, monente ipso Imperatore, utrum demens substitutum habeat, ad quem illo deficiente hereditas ex voluntate testatoris devolvi queat, nec ne. Si prius, hereditas huic substituto defertur — — —. Sin posterius, iterum distinguendum est, utrum demens conjunctum heredem seu coheredem vel ex testamento vel etiam ab intestato habeat, nec ne. Si prius, pars hereditatis quae dementi obvenit, et jam vacans esse censetur, jure adcrescendi uni vel pluribus con-

---

15) Mit dem Tode des Wahnsinnigen tritt eine neue Delation der Erbschaft ein, die bisher dem Wahnsinnigen deferirt war; wem aber diese neue Delation zu Gute komme, kann natürlich nur nach dem Augenblicke ermessen werden, in welchem dieselbe eröffnet wird, l. 2. §. 5. de suis et legit. hered. (88, 16.), §. 6. J. de legit. agnat. succ. (3, 2), l. 7. §. 8. C. de curat. fur.

16) Becmann l. c. §. 31. p. 80 sqq.

junctis pro qualitate conjunctionis adquiritur. — —
Sin posterius“ etc.

Ganz nach denselben Grundsätzen, und mit Berufung auf Becmann, wurde denn auch im Jahr 1788 von der Göttinger Juristen-Fakultät ein Gutachten ertheilt, wonach den Miterben des Wahnsinnigen und resp. den Erben der Miterben ein Anspruch auf die dem Wahnsinnigen deferirte Erbschaft zuerkannt wurde, und dieses wird einfach dadurch begründet, daß zuerst das obige Dogma aufgestellt, und daraus dann so argumentirt wird:

„solches aber in dem Falle, wenn der demens einen Miterben gehabt, die Folge haben muß, daß diesem die portio vacans, welche dem dementi bestimmt gewesen, zu Theil wird, indem selbiger bei der von ihm angetretenen Erbschaft das jus accrescendi an der dem dementi angefallenen Erbportion sofort ipso jure erworben hat“ [17].

Nach diesem Allem muß man unzweifelhaft als die communis opinio doctorum die ansehen, daß allerdings, wenn keine Substituten vorhanden seien, zunächst die etwaigen Miterben des Wahnsinnigen, und erst nach ihnen die nächsten Intestaterben des Erblassers an die Reihe kommen könnten.

§. 3.

Diese communis opinio fand denn auch neuerlich ihre Anerkennung in zwei gerichtlichen Urtheilen, welche dem Verfasser dieses Aufsatzes die nächste Veranlassung zu dieser Untersuchung gegeben haben. Der Rechtsfall, um welchen es sich hier handelt, ist im Wesentlichen folgender:

Im Anfang dieses Jahrhunderts starb der Rathsverwandte Johann Wilhelm B zu D, mit Hinterlassung einer Wittwe und dreier Söhne, Friedrich, Philipp

17) G. L. Böhmer auserlesene Rechtsfälle Bd. II. S. 298.

und Balthasar, von denen der Letzte nach dem Tode des Vaters in unheilbaren Wahnsinn verfiel.

Im Jahre 1813 starb der eine dieser Brüder, Friedrich B., ohne Hinterlassung eines Testaments, und die gesetzlichen Erben desselben waren die Mutter und die beiden Brüder, Philipp und Balthasar; der auf den Letztern, den wahnsinnigen Balthasar, fallende Erbtheil wurde seinem Kurator ausgehändigt.

Einige Jahre nachher starb auch der zweite Bruder, Philipp, der jedoch ein Testament hinterließ, und darin seine Mutter zur einzigen Erbin einsetzte.

Im Jahr 1826 starb diese Mutter mit Hinterlassung eines sehr bedeutenden Vermögens und eines Testaments, in welchem sie ihren wahnsinnigen Sohn Balthasar auf den Pflichttheil, und außerdem mehrere andre Personen auf ihr übriges Vermögen zu Erben einsetzte; auch dieser mütterliche Erbtheil wurde dem Kurator des wahnsinnigen Balthasar übergeben.

Im Jahr 1842 endlich beschloß Balthasar B. sein Leben in einem Hospitale, und es entspann sich nun ein Rechtsstreit über diejenigen Bestandtheile seines Nachlasses, welche von seinem Bruder Friedrich und von seiner Mutter herstammten. Die Intestaterben des Balthasar, welche im Augenblick des Todes desselben auch die nächsten Intestaterben der Mutter und des Bruders Friedrich waren, machten als solche Anspruch auf den gesammten Nachlaß, und setzten sich auch in den Besitz desselben. Dagegen aber erhoben die im Testamente der Mutter eingesetzten Miterben am 20. Mai 1843 rechtliche Klage, und forderten

1. die Herausgabe der mütterlichen Erbschaft, denn da Balthasar B. wegen seines Wahnsinns dieselbe nicht habe erwerben können, so sei sie jetzt nach dem Tode des Balthasar ihnen, als Miterben desselben, vermöge Anwachsungsrechts zugefallen;

2. die Herausgabe der brüderlichen Erbschaft, denn auch diese habe Balthasar B. nicht erwerben können, und

auch diese sei also jetzt durch Anwachsungsrecht dessen Miterben und resp. den Erben dieser Miterben zugefallen; die Miterben des Balthasar B. seien aber der Bruder Philipp und die Mutter gewesen; der einzige Erbe des Bruder Philipp sei die Mutter gewesen, und sie seien die einzigen Erben der Mutter, so daß also jetzt in ihrer Person auch das Anwachsungsrecht in Betreff dieser brüderlichen Erbschaft begründet sei.

Dieses von den Klägern für sich in Anspruch genommene Anwachsungsrecht wurde dann auch in zwei Instanzen, sowohl durch Urtheil des Stadtgerichts zu D. vom 20. Mai 1844, als durch Urtheil des Hofgerichts daselbst vom 24. Januar 1846, als rechtlich begründet anerkannt, und hiergegen wendeten nun die Beklagten das Rechtsmittel der Oberappellation ein.

In diesem Stadium [18]) des Rechtsstreites wurde der Verfasser dieses Aufsatzes von dem Anwalte der Oberappellanten zu einem Gutachten aufgefordert, und ich entsprach diesem Wunsche um so lieber, als ich mich nach sorgfältigster und gewissenhaftester Prüfung von der völligen Unhaltbarkeit der den bisherigen Urtheilen in dieser Sache zu Grunde liegenden communis opinio überzeugte, und es mir zur entschiedenen Gewißheit wurde, daß nach unsren Gesetzen dann, wenn der Kurator eines Wahnsinnigen die demselben deferirte Erbschaft erworben hat, und dieser hierauf im Wahnsinn verstirbt, niemals das Anwachsungsrecht Platz greifen kann, sondern stets, wenn keine Substituten vorhanden sind, sogleich die nächsten Intestaterben des Erblassers an die Reihe kommen. Daß ich jetzt die in jenem Gutachten entwickelte Interpretation der l. 7. §. 8. C. de cu-

18) In dem Augenblicke, in welchem ich dieses schreibe, ist noch kein Urtheil des Oberappellationsgerichts erfolgt; sehr wahrscheinlich wird dies aber in aller Kürze der Fall sein, und ich werde nicht ermangeln, in einem der nächsten Hefte den endlichen Ausgang dieses interessanten Rechtsstreits den Lesern dieser Zeitschrift mitzutheilen.

rat. furios., von welcher wesentlich die ganze Entscheidung der Frage abhängt, veröffentliche, findet in dem im vorigen Paragraphen angedeuteten Zustande der Literatur über unsre Frage von selbst seine Rechtfertigung. Ich glaube in der That hierdurch eine Lücke unserer Literatur auszufüllen, denn so viele Schriften aus älterer und neuerer Zeit ich auch nachgesehen habe, so habe ich doch nirgends eine nur einiger Maaßen tiefer eingehende Untersuchung gefunden, sondern überall stößt man auf bloße Behauptungen, die durch eine nackte Berufung auf l. 7. §. 8. C. cit. bewiesen sein sollen. Ich wurde aber um so mehr zur Veröffentlichung dieser Abhandlung bewogen, da sie meines Erachtens einen neuen Beleg zur Begründung der alten Klage darbietet, daß die viel gepriesene communis doctorum opinio in gar vielen Fällen nicht ein Produkt wohlbegründeter gemeinsamer Rechtsüberzeugung ist, sondern sich vielmals eine Meinung nur darum Jahrhunderte lang von Buch zu Buch forterbt, weil sie zufällig keiner ernstlichen Prüfung unterzogen worden ist.

§. 4.

Der Satz, welchen ich mir zum Beweise gestellt habe, ist einfach folgender:

> Wenn einem wahnsinnigen extraneus eine Erbschaft deferirt ist, der Kurator desselben die bonorum possessio agnoszirt hat, und der Wahnsinnige dann im Wahnsinn verstorben ist, so kann unter keiner Voraussetzung von einem Anwachsungsrechte der Miterben des Wahnsinnigen die Rede sein, sondern in allen Fällen, mag der Wahnsinnige Miterben gehabt haben, oder nicht, haben, wenn keine Substituten vorhanden sind, die Intestaterben des Erblassers einen ausschließlichen Anspruch auf die dem Wahnsinnigen zugefallene Erbportion.

Die ganze Streitfrage hängt lediglich von der Interpretation der l. 7. §. 8. C. de curat. fur. ab, und dieses Gesetz

spricht so klar und bestimmt den eben aufgestellten Satz aus, daß man eigentlich nicht wohl begreifen kann, daß derselbe nur jemals hat verkannt werden können. Das ganze Gesetz hatte nämlich im Wesentlichen den Zweck, die mannigfachen Zweifel und Ungewißheiten zu beseitigen, die schon von Alters her im Falle einer einem Wahnsinnigen deferirten Erbschaft entstanden waren; und nachdem in §. 3. verordnet ist, daß in einem solchen Falle der curator furiosi die bonorum possessio zu agnosziren berechtigt, und beziehungsweise verpflichtet sein soll, und nachdem in §. 7. bestimmt ist, daß, wenn der Kurator dies gethan, die Erbschaft eben so, wie das anderweite Vermögen des Wahnsinnigen seiner Obhut anvertraut sein solle, bis der Wahnsinnige wieder genesen sei: fährt der Kaiser in §. 8. so fort:

> „Sin autem in furore diem suum finierit, vel in suam sanitatem perveniens eam repudiaverit, si quidem successio est, ad eos referatur, volentes tamen, id est vel substitutum, vel ab intestato heredes vel ad nostrum aerarium, eo scilicet observando, ut hi veniant ad successionem, qui mortis tempore furiosi propinquiores existant ei, ad cujus bona vocabantur, si non in medio erat furiosus, omni satisdatione vel cautione, quam per inextricabilem circuitum veteris juris auctores induxerunt, radicitus excisa.“

Im §. 9. wendet sich dann Justinian im Gegensatze zu dem in §. 8. behandelten Falle, „si successio est“, d. h. wenn es sich um eine Erbschaft handelt, zu dem andren, uns hier nicht weiter interessirenden Falle, wenn dem Wahnsinnigen ein Vermächtniß, oder irgend eine andere Erwerbung zugefallen ist [19]). Offenbar ist also der ausgezo-

---

19) L. 7. §. 9. cit.: „Legatis autem proculdubio et fideicommissis ceterisque acquisitionibus furioso acquirendis et substantiae ejus aggregandis; sin autem ipse resipuerit, et ea admittere noluerit, et aperte haec respuerit, vel heres ejus hoc fecerit, a substantia ejus illico separandis, quasi nec fuerint ab initio ad eum

gene §. 8. dazu bestimmt, vollständig den Fall zu normiren, wenn dem Wahnsinnigen eine Erbschaft zugefallen, und derselbe im Wahnsinn verstorben ist; und ohne irgend eine Unterscheidung zu machen, ob der Wahnsinnige heres ex asse war, oder ob er Miterben neben sich hatte, wird hier mit ganz klaren und unzweideutigen Worten gesagt, daß die Erbschaft stets, in Ermanglung von Substituten, an die Intestaterben des Erblassers kommen solle. Obwohl also die Voraussetzung für die Entscheidung eine allgemeine ist, — „si quidem successio est“ —, und eben sowohl den Fall in sich schließt, wenn noch Miterben vorhanden sind, wie den andren, wenn der Wahnsinnige der alleinige Erbe ist: so werden doch in der Entscheidung die Miterben mit keinem Worte genannt, und sie müssen also nothwendig als ausgeschlossen angenommen werden. Daß nämlich die Entscheidung alle berechtigten Personen aufführen will, ist von selbst klar, und wird noch besonders durch die so bezeichnende Wendung bewiesen: „ad eos — —, id est ad substitutum“ rel. („— —, so soll die Erbschaft an folgende Personen kommen, nämlich an den Substituten“ u. s. w.).

§. 5.

Gegen dieses klare und unzweideutige Resultat der grammatischen Interpretation wird aber von den Vertheidigern der entgegengesetzten Meinung eingewendet, dasselbe enthalte einen so schreienden Verstoß gegen alle Rechtskonsequenz, das man es unmöglich als in dem Willen und der Absicht des Gesetzgebers begründet ansehen könne. Es sei ein bekanntes durchgreifendes Prinzip des römischen Rechts, daß, wenn Mehrere zusammen zu einer Erbschaft berufen seien, und Einer von ihnen hinwegfalle, ohne die Erbschaft erworben zu haben, dessen Portion ipso jure und mit Rechtsnothwendigkeit denjenigen Miterben, welche wirklich Erben

---

devoluta, et per legitimum tramitem ambulantibus, substantiam furiosi neque praegravantibus neque adjuvantibus.“

geworden waren, oder deren Erben, accresçire, ein Princip, was von selbst aus der Idee der römischen Universal-Succession hervorgehe, daß Jeder von mehrern Miterben dazu bestimmt sei, die gesammte vermögensrechtliche Persönlichkeit des Verstorbenen in sich aufzunehmen; Jeder erhalte also einen Anspruch auf die gesammte Erbschaft, welcher Anspruch nur durch den gleichen Anspruch der Mitberufenen beschränkt werde. Diesem anerkannten Grundsatze werde nun offenbar Hohn gesprochen, wenn man die in dem vorigen Paragraphen angedeutete Auslegung der l. 7. §. 8. C. cit. annehme. Wenn nämlich ein Wahnsinniger zusammen mit Andern zu einer Erbschaft berufen sei, und dieser Wahnsinnige versterbe im Wahnsinne, oder er repudiire nach erlangter Gesundheit die Erbschaft, so sei es ja nun gewiß, daß er nicht Erbe sei, und nicht Erbe werden könne, und es sei also nun rechtlich so, wie wenn gleich von Anfange an nur die Miterben des Wahnsinnigen gerufen seien, denn deren Recht auf das Ganze sei ja nur durch die Konkurrenz mit dem Wahnsinnigen beschränkt gewesen, und müsse also, sobald diese Konkurrenz sich als nicht wirklich vorhanden erweise, von selbst als ein unbeschränktes, die ganze Erbschaft ergreifendes angesehen werden. Hiernach sei also schlechthin nicht einzusehen, wie in einem solchen Falle die Intestaterben des Erblassers die dem Wahnsinnigen deferirt gewesene Portion in Anspruch nehmen könnten. Solche unerträgliche Inkonsequenzen könnten doch gewiß nicht als vom Gesetzgeber beabsichtigt angesehen werden, und in der That biete sich denn auch ein sehr einfacher Ausweg dar, wenn man nämlich die Justinianische Verordnung blos von dem Falle verstehe, wenn der Wahnsinnige keine Miterben neben sich habe [20]. Für

---

20) So sagt Becmann l. c. p. 81. not. p: „Cujus distinctionis [utrum scil. demens conjunctum coheredem habeat necne] Imperator in nostra constitutione expressam mentionem non facit, quod vel dementi *soli* hereditatem esse delatam supponit, vel conjunctionem vice substitutionis legalis fungi arbitratur.“ (Der

diesen Fall sei die hier getroffene Bestimmung sehr konsequent, und in vollster Uebereinstimmung mit den allgemeinen Grundsätzen, und bei genauerer Betrachtung gehe in der That auch schon aus den Worten des Gesetzes hervor, daß wirklich der Kaiser nur diesen Fall habe entscheiden wollen. Der Kaiser sage nämlich: „si non in medio erat furiosus“, und er habe also offenbar den Fall im Auge, wo in der Mitte zwischen dem Erblasser und dessen übrigen Intestaterben der Wahnsinnige stand, und also durch sein näheres Erbrecht die übrigen ausschloß; um aber die entfernteren Intestaterben auszuschließen, müsse er auch allein ein näheres Erbrecht haben, sonst würde nicht er allein, es würden vielmehr auch seine gleichberechtigten Miterben die übrigen entfernteren Intestaterben ausgeschlossen haben, und die Letztren würden trotz des Hinwegfallens des Wahnsinnigen doch noch nicht zur Erbschaft berufen gewesen sein, wenn außer ihm noch gleichberechtigte Miterben in der Mitte gestanden hätten [21]).

---

in den letzten Worten angedeutete Gedanke, daß Justinian vielleicht unter dem Substituten auch den Miterben mitverstanden habe, weil ja in der konjunktiven Einsetzung mehrerer Erben eine Art von Substitution enthalten sei; dieser letztre Gedanke, sage ich, ist so offenbar unbegründet, daß mir wohl Niemand eine ernstliche Widerlegung desselben zumuthen wird). Aehnlich, wie bei Becmann, heißt es in dem oben erwähnten Göttinger Gutachten bei Böhmer a. a. O. S. 299: „Und obwohl Justinian in mehrgedachter Verordnung des besondern Falls, daß Miterben vorhanden, in welchem mithin das jus accrescendi eintritt, namentlich keine Erwähnung gedacht hat, sondern nur andre Gattungen der Erben, als den substitutum, die ab intestato heredes und das aerarium principis benannt hat, dennoch der Gesetzgeber diese als die gewöhnlichen Erbfolger blos als Beispiele anführt, indem er überall blos von einer dem dementi allein angefallenen Erbschaft handelt, hingegen des Falls, wo eine Erbschaft dem dementi und mehreren Miterben zugleich angefallen, keine Erwähnung gethan, und die Entscheidung desselben daher der schon bestimmten gesetzlichen Verordnung und der nach gleichen Gründen zu machenden Anwendung seines Gesetzes überlassen hat.“

21) Dieses Argument aus den Worten: si non in medio erat

§. 6.

Ohne Zweifel ist es eine der würdigsten Aufgaben des Interpreten, eine einzelne gesetzliche Bestimmung in ihrem systematischen Zusammenhange mit der ganzen Gesetzgebung aufzufassen, und eine Auslegung, wodurch ein einzelnes Gesetz in eine harmonische Vereinigung mit allgemeinen leitenden Prinzipien der Legislation gebracht wird, muß im Zweifel immer derjenigen vorgezogen werden, die in ihren Resultaten zu Singularitäten und Anomalieen hinführt. Von diesem Gesichtspunkte aus hat die in dem vorigen Paragraphen angeführte Deduktion etwas Bestechendes und Verführerisches für den nach Konsequenz strebenden juristischen Verstand.

In keinem Falle darf aber doch dieses Streben nach Konsequenz und systematischer Einheit so weit gehen, deßhalb dem widerstrebenden Gesetze einen Sinn aufzuzwingen, den es den Worten und der Absicht des Gesetzgebers nach nicht haben kann. Meiner vollsten Ueberzeugung nach kann nun die Unterscheidung, von welcher die Gegner bei Auslegung der l. 7. §. 8. C. cit. ausgehen, nicht allein nicht aus den Worten abgeleitet werden — was von selbst in's Auge springt —, sondern es läßt sich auch nachweisen, daß sie nicht in dem Willen und der Absicht des Gesetzgebers begründet sein kann.

Das Resultat der gegenseitigen Interpretation geht dahin, Justinian habe hier blos den Fall entscheiden wollen, wenn der Wahnsinnige alleiniger Erbe gewesen sei, und auf den andern Fall, wenn der Wahnsinnige noch Miterben neben sich gehabt habe, dürfe diese Entscheidung nicht bezogen werden. Hiernach wäre nun offenbar nur die Alternative gedenkbar: entweder der Kaiser hat an diesen zweiten Fall gar nicht gedacht, und ihn deßhalb nicht entschieden; oder

---

furiosus habe ich zwar bei keinem Schriftsteller gefunden; wohl aber ist darauf in den Entscheidungsgründen zu dem oben erwähnten Urtheil des Hofgerichts zu D. Gewicht gelegt worden.

er hat an ihn gedacht, aber ihn absichtlich ohne irgend eine Entscheidung gelassen. Das Erstre, daß der Kaiser an diesen Fall gar nicht gedacht haben sollte, ist offenbar unmöglich, denn der Fall, daß Jemand nicht der einzige Erbe ist, sondern noch Miterben neben sich hat, ist so sehr der häufigste und gewöhnlichste, daß man eine ganz unbegreifliche Kurzsichtigkeit und Bornirtheit des Gesetzgebers annehmen müßte, wenn man sagen wollte, derselbe habe bei Abfassung eines Gesetzes, welches ex professo dazu bestimmt war, die Fälle der einem Wahnsinnigen deferirten Erbschaft neu zu normiren, daran gar nicht gedacht, sondern immer nur den einzigen Fall vor Augen gehabt, wenn der Wahnsinnige der alleinige Erbe gewesen sei!! Da der Interpret unmöglich eine solche stupide Gedankenlosigkeit des Gesetzgebers voraussetzen darf, so bleibt uns, wenn wir uns überhaupt die gegenseitige Auslegung gefallen lassen wollen, offenbar nur das Zweite übrig, daß Justinian zwar allerdings an diesen Fall gedacht, aber ihn absichtlich nicht in das Bereich seiner Entscheidung gezogen habe. Aber hier drängt sich gleich die Frage auf, weßhalb sollte der Kaiser diesen zweiten Fall nicht haben entscheiden wollen? Im §. 4. dieses Gesetzes sagt er, es erscheine ihm nöthig, „ut humano generi consulentes omnem quidem obscuritatem et inextricabilem circuitum tollamus, compendioso autem et dilucido remedio *totum* complectamur", und nun sollte er absichtlich einen Hauptfall, wenn mit dem Wahnsinnigen noch andre Erben konkurriren, unberührt gelassen haben? Freilich antwortet man, die Entscheidung dieses Falls habe sich ganz von selbst verstanden, und deßhalb sei eine besondere Berührung desselben nicht nöthig gewesen. Aber verstand sich denn, wenn man einmal über das Prinzip einig war, nicht auch die Entscheidung des andern Falls von selbst, wenn der Wahnsinnige keine Miterben neben sich hatte? und kann dies überhaupt ein Grund sein, in einem Gesetze, welches das ganze Verhältniß neu normiren will, einen Hauptfall ganz

mit Stillschweigen zu übergehen? So viel ist gewiß, diese absichtliche Auslassung müßte uns ganz unbegreiflich erscheinen, und namentlich bei Justinian, der bekanntlich mit Worten nicht geizte, und weit eher und lieber zu viele Worte machte, als zu wenige. Doch, wir wollen einmal annehmen, Justinian habe unbegreiflicher Weise es für kein Bedürfniß gehalten, diesen Fall zu entscheiden, sondern er habe sich absichtlich auf den andern Fall beschränkt, wenn der Wahnsinnige allein zur Erbschaft gerufen sei. Ist es denn da aber wohl glaublich, ist es irgend denkbar, daß der Kaiser, welcher mit Absicht und Bewußtsein blos den Fall entscheiden wollte, wenn der Wahnsinnige heres ex asse war, von dieser Beschränkung nicht das Mindeste erwähnt, sondern die Voraussetzung für seine Entscheidung so generell gefaßt haben sollte, daß darunter doch auch der andre Fall mitbegriffen wäre, den er absichtlich habe unentschieden, und auf den er namentlich jene Entscheidung nicht habe beziehen wollen! In der That, wenn sich der Interpret nicht mehr scheut, dem Gesetzgeber solche unglaubliche Absurdität, solche offensichtlichen Verstöße gegen den gesunden Menschenverstand zuzutrauen, dann wird es ein Leichtes sein, in jedes Gesetz gerade das Gegentheil von dem hinein zu interpretiren, was es wirklich sagt, und zwar blos darum, weil der Interpret der Meinung ist, der konsequente Gesetzgeber hätte doch eigentlich das Gegentheil sagen sollen.

Das Resultat dieser Ausführung ergibt sich von selbst: die gegenseitige Auslegung, wornach Justinian's Entscheidung in l. 7. §. 8. C. cit. blos auf den Fall bezogen werden soll, wenn der Wahnsinnige keine Miterben neben sich habe, ist nach allen Regeln der Hermeneutik unmöglich. Der Kaiser hat nothwendig auch an den andren Fall, wenn mit dem Wahnsinnigen noch Miterben konkurriren, denken müssen; er hat diesen Fall auch nicht unentschieden lassen können, wenn er nicht eine ganz unbegreifliche Lücke in seinem Gesetze lassen wollte; und er hat ihn wirklich im §. 8. entschieden, da er hier ganz allgemein, ohne

irgend eine Unterscheidung auch nur entfernt anzudeuten, festsetzt, was eintreten soll, wenn dem Wahnsinnigen eine Erbschaft deferirt, und er dann im Wahnsinn verstorben sei.

Was noch die Behauptung anbelangt, daß in den Worten: „ad cujus bona vocabantur, si non in medio erat furiosus“ eine sehr bestimmte Hindeutung darauf enthalten sei, daß Justinian hier blos den Fall habe entscheiden wollen, wenn der Wahnsinnige der alleinige Erbe sei (s. §. 5. a. E.): so ist dies theils nicht gegründet, theils auch von keiner wahren Bedeutung. Offenbar soll nämlich durch jene Worte schlechthin nichts weiter ausgedrückt werden, als daß nicht die Intestaterben des Wahnsinnigen, sondern die auf den Wahnsinnigen folgenden anderweiten Erben des Erblassers gerufen sein sollen; es soll also blos und allein der Gedanke abgewehrt werden, daß die Erben des Wahnsinnigen an die Reihe kämen, und es ist eine viel zu spitze Auslegung, in jenem Ausdruck auch eine Andeutung darauf finden zu wollen, daß hier nur der Fall entschieden werden solle, wenn der Wahnsinnige keine Miterben neben sich gehabt habe! Wenn aber auch wirklich eine solche Andeutung darin gefunden werden dürfte, so ist doch wohl zu beachten, daß die eigentliche gesetzliche Disposition, der wahre Kern des Gesetzes in den Worten enthalten ist:

> „si quidem successio est, ad eos referatur, volentes tamen, id est vel substitutum vel ab intestato heredes vel ad nostrum aerarium“

und hier ist offenbar auch nicht die leiseste Hervorhebung des Falls sichtbar, wenn der Wahnsinnige der alleinige Erbe war, sondern Voraussetzung sowohl, wie Entscheidung sind beide gleich generell gehalten. Die folgenden Worte: eo scilicet observando rel. enthalten nur einen erläuternden Zusatz, und wenn nun hierbei auch wirklich ein Ausdruck vorkäme, der eine besondere Beziehung auf einen der beiden möglichen Fälle zuließe, so dürfte daraus doch

wahrlich nicht gefolgert werden, daß auch die gesetzliche Disposition selbst auf diesen einen Fall beschränkt werden müsse.

§. 7.

Wir haben gesehen, die Rechtskonsequenz muß dem Worte und dem erkennbaren Willen des Gesetzgebers weichen. Der Gesetzgeber kann ja auch etwas Inkonsequentes, etwas von den allgemeinen Grundsätzen Abweichendes festsetzen wollen, und hat er es gethan, so darf nicht der bloßen Konsequenz zu Liebe das klare gesetzliche Resultat verdeutelt und verdreht werden,

> „cum scriptum aperte sit, judicem legi parere, non interpretari legem oportere“,

und wie Julian und Neratius in l. 20. und l. 21. de legib. sagen:

> „non omnium, quae a majoribus constituta sunt, ratio reddi potest, et ideo rationes eorum, quae constituuntur, inquiri non oportet; alioquin multa ex his, quae certa sunt, subvertuntur.“

Wäre also auch die in §. 5. mitgetheilte Deduktion vollkommen begründet, enthielte wirklich auch die Justinianische Verordnung, wenn man sie so generell auffaßt, wie sie den Worten nach aufgefaßt werden muß, einen Verstoß gegen alle Konsequenz und elegantia juris, so würde uns das doch nicht berechtigen, eine Unterscheidung in das Gesetz hinein zu tragen, die den Worten, und, wie im vorhergehenden Paragraphen nachgewiesen wurde, auch dem Willen des Gesetzgebers fremd ist.

Aber ist denn jene Deduktion wirklich so begründet? enthält denn wirklich die Justinianische Verordnung, wornach die Miterben des Wahnsinnigen unberücksichtigt bleiben sollen, eine so schreiende Inkonsequenz, daß man sich für berechtigt ansehen konnte, dieselbe um jeden Preis aus dem Gesetze heraus zu schaffen? Dies darf nicht nur bezweifelt, sondern es muß auf das Entschiedenste verneint werden.

Alles, was in jener Deduktion über das Prinzip und das Wesen des Anwachsungsrechts gesagt wird, ist vollkommen wahr und im Justinianischen Rechte wohl begründet; aber eben so wahr ist es auch, daß von diesem mit Rechtsnothwendigkeit eintretenden Anwachsungsrechte schlechthin nur dann die Rede sein kann, wenn der Miterbe weggefallen ist, ehe er wirklich Erbe geworden ist. Hat er seine Erbportion einmal erworben, so ist damit die rechtliche Basis des Anwachsungsrechts für die übrigen Erben zerstört; die Beschränkung, die bis dahin nur eine mögliche war, ist jetzt eine wirkliche geworden, und wenn nun auch nachher der Miterbe aus irgend einem Grunde der Erbschaft wieder entfremdet werden sollte, so kann doch von einem, mit Rechtsnothwendigkeit eintretenden Anwachsungsrechte schlechthin keine Rede sein, sondern hier treten, wie noch weiter unten näher gezeigt werden soll, nach Verschiedenheit der Fälle sehr verschiedene Folgen ein. Sollte also jene Deduktion irgend eine Anwendbarkeit auf unsren Fall haben, so hätte vorerst der Beweis geführt werden müssen, daß der Wahnsinnige, dem eine Erbschaft deferirt war, und dessen Kurator die bonorum possessio agnoszirt hatte, dadurch nicht Erbe werde. Aber so oft auch diese Behauptung aufgestellt wird, und so verbreitet die Ansicht ist, daß der Wahnsinnige nicht Erbe werde, sondern sein Kurator nur eine provisionelle Besitzeinweisung, eine bloße missio in possessionem, erlange [22]: so ist dies doch entschieden irrig, und es läßt sich das Gegentheil mit voller Bestimmtheit aus unsren Gesetzen nachweisen. Es kommen hierbei hauptsächlich folgende Punkte in Betracht:

1. Justinian in l. 7. cit. §. 3. erzählt uns von einem alten Streite, der über den Fall verhandelt worden sei, wenn

22) Vergl. sämmtliche oben in Note 9. und 10. Angeführte, und s. auch z. B. noch Koch bonor. poss. S. 84 ff., v. Löhr in seinem Magaz. III. S. 62 f., Glück Intestaterbf. 2. Aufl. S. 329., Rudorff d. R. d. Vormundsch. Bd. II. S. 373 f., Fabricius Ursprung und Entwickl. der bon. poss. S. 167.

einem Wahnsinnigen eine Erbschaft deferirt sei [23]); und namentlich erfahren wir daraus, daß manche römische Juristen sogar die Meinung vertheidigten, der Wahnsinnige könne in eigner Person eine hereditas antreten oder eine bonorum possessio agnosziren, eine Meinung, die darauf hinauslief, daß man etwa den Wahnsinnigen Erbschaftssachen gebrauchen, z. B. in einem Erbschaftshause wohnen ließ, und dann solche Akte als eine pro herede gestio auffaßte [24]). Andre römische Juristen hielten dies aber für unzulässig, weil ja doch bei jenen Handlungen der eigentliche Wille fehle, und nahmen deßhalb an, daß eine hereditas, welche stets in eigner Person angetreten werden muß, von dem Wahnsinnigen gar nicht erworben werden könne, während dem Erwerbe der bonorum possessio, welche bekanntlich Stellvertretung zuläßt, nichts im Wege stehe, und diese kamen denn also zu dem Resultate, daß die bonorum possessio allerdings

23) L. 7. §. 3. C. cit.: „Sin autem ex alia quacunque causa hereditas ad eum vel successio perveniat, tunc magna et inextricabilis vetustissimo juri dubitatio exorta est. sive adire hereditatem vel bonorum possessionem petere furiosus possit, sive non, et si curator ejus ad bonorum possessionem petendam admitti debeat. Et juris auctores ex utroque latere magnam habuere certamen.

24) Freilich halten es Viele für unmöglich, daß jemals römische Juristen eine solche Meinung vertheidigt haben sollten, und sie nehmen daher an, daß Justinian bei seiner Relation sich geirrt haben müsse, vergl. z. B. A. Faber jurispr. Papinian. scient. tit. 12. pr. 3. illat. 20. p. 778., Becmann l. c. p. 66sq., Koch bonor. possess. S. 85. Offenbar war aber eine solche Aushülfe für einen furiosus nicht unnatürlicher wie für einen infans, und daß sie bei diesem von manchen römischen Juristen wirklich angenommen wurde, geht mit Evidenz aus l. 65. §. 3. ad SC. Trebell. (36, 1.) hervor: „Sed et infanti non dubito omnimodo subveniendum — — —, sive enim heres institutus esset, non dubie pro herede tutore auctore gerere posse videtur." Dadurch wird es sehr wahrscheinlich, daß dieselbe Meinung auch für einen Wahnsinnigen Vertheidiger gehabt habe, und außer unsrer l. 7. §. 3. C. cit. finden wir dafür auch noch eine weitere Spur in l. 7. pr. C. ad SC. Trebell. (6, 49.), vergl. darüber den Text weiter unten bei Nr. 2.

von dem Kurator des Wahnsinnigen agnoszirt werden dürfe [25]). Wieder Andre endlich mochten auch dieses leugnen, weil doch zu einer Stellvertretung eigentlich Mandat oder Ratihabition gehöre, und Beides bei einem Wahnsinnigen nicht vorkommen könne, wenn er nicht wieder zu Verstande komme, und diese räumten dann dem curator furiosi nicht anders eine bonor. possessio ein, als wenn sie ihm durch ein besondres Dekret des Prätor verwilligt wurde [26]). Diesen Streit will nun Justinian entscheiden, und er entscheidet ihn dahin, daß zwar allerdings ein Erwerb in eigner Person nicht Statt finde, wohl aber der Kurator eine bonorum possessio zu agnoszircn berechtigt und resp. verpflichtet sei:

„Nos itaque utramque auctorum aciem certo foedere compescentes sancimus, furiosum quidem nullo modo posse vel hereditatem adire vel bonorum possessionem agnoscere; curatori autem ejus licentiam damus, immo magis necessitatem imponimus, si utilem esse successionem existimaverit, eam bonorum possessionem agnoscere, quae antea ex decreto dabatur, et ad similitudinem bonorum possessionis habere, quum petitio bonorum possessionis Constantiniana lege sub-

---

25) Am Bestimmtesten finden wir diese Ansicht von Gaius ausgesprochen in l. 11. de auctor. et cons. (26, 8.), s. weiter unten den Text bei Nr. 3.

26) Während Gaius in der in der vorigen Note zitirten Stelle von einem Dekret nichts weiß, und die bon. possessio dem Kurator auch ohne ein solches einräumt, geht allerdings aus Justinian's Worten in l. 7. §. 3. C. cit. hervor, daß andre römische Juristen ein Dekret verlangten („eam bonorum possessionem, quae antea ex decreto dabatur"), und sichere Spuren davon finden sich in l. 2. §. 11. ad SC. Tertull. (38, 17.) und l. 1. §. 5. und 7. de success. edicto (38, 9.). Es ist mir sogar sehr wahrscheinlich, daß die spätere römische Praxis nach den Zeiten des Gaius sich für die Nothwendigkeit eines Dekrets entschieden hat, vergl. auch Mühlenbruch Forts. des Glück'schen Komm. Bd. 42. S. 448 f.

lata est, et ab eo introducta observatio pro antiqua sufficit petitione."

Daß die bonorum possessio, deren Agnition hier dem Kurator gestattet wird, eine bloße provisionelle Besitzeinweisung sei und keinen wirklichen Erbschaftserwerb enthalte, wird hier mit keinem Worte angedeutet, und widerspricht entschieden dem regelmäßigen Sprachgebrauch des römischen Rechts, wornach bekanntlich die bonorum possessio und die bloße missio in possessionem scharf von einander geschieden werden, so wie auch insbesondere noch die Beziehung auf die Konstantinische Konstitution in l. 9. C. qui admitti ad bon. poss. possunt (6, 9.) dagegen spricht, indem diese Verordnung von der Agnition der gewöhnlichen bonorum possessio redet. Berücksichtigt man nun noch überdieß, welchen Streit Justinian nach seiner eignen Erklärung hier hat entscheiden wollen, und erwägt man, daß nach der ausdrücklichen Bestimmung Justinian's kein Dekret[27]), und nach §. 8. fin. auch keinerlei Kautionsleistung erforderlich sein soll, so dürfte es schon hiernach kaum zweifelhaft sein, daß Justinian nicht an eine bloße Besitzeinweisung gedacht habe, sondern an einen wirklichen Erbschaftserwerb. Wo möglich noch bestimmter geht dies aus dem §. 7. unsrer Konstitution hervor. Nachdem nämlich der Kaiser in §. 4. bis 6. uns hier nicht näher interessirende Verfügungen „de curatorum creatione" getroffen hat, fährt er in §. 7. fort:

---

27) Dies geht m. E. unwiderleglich aus den Worten Justinian's hervor: eam bonorum possessionem agnoscere, quae antea ex decreto dabatur, denn darin ist so deutlich, wie möglich, ausgesprochen, daß jetzt kein Dekret mehr nöthig sei, sondern eine einfache Agnition genügen soll. Doch sind Manche anderer Meinung, vergl. z. B. Koch bonor. poss. S. 92 ff. und die da Angeführten; wenn aber Koch meint, in jenen Worten habe Justinian nur „soviel anzeigen wollen, daß er insofern das alte Recht bestätige", so ist dies in der That eine eigenthümliche Art der Auslegung, die wohl schwerlich viele Anhänger finden dürfte.

„Tali itaque ordinatione in curatore furiosi disposita, si quid postea ad furiosum pervenerit, sive ex hereditate, vel successione, vel legato vel fideicommisso vel alio quocunque modo, hoc furioso accedat, et hoc cum alia ejus substantia manibus curatoris tradatur, inventario etiam super his rebus scilicet faciendo; et sub ejus cura custodiatur, quatenus, si quidem resipuerit furiosus et acquisitionem admiserit, ipsi restituatur."

Augenscheinlich werden hier ganz gleichgestellt Erwerbungen aus einer hereditas — wenn nämlich der Wahnsinnige suus heres ist —, aus einer bonorum possessio („vel ex successione", wenn also der Kurator eine bonorum possessio agnoszirt hat), aus einem Legate oder Fideicommisse, oder aus irgend einem andren Grunde. Von allen diesen Fällen zusammen heißt es, es solle dieser Erwerb dem Wahnsinnigen zufallen, und zusammen mit seinem anderweiten Vermögen der Obhut des Kurator übergeben werden („hoc furioso accedat, et cum alia ejus substantia manibus curatoris tradatur"). Hätte wohl Justinian so reden können, wenn bei einer dieser Erwerbungen, bei dem Erwerb ex successione, etwas ganz Anderes gälte, wenn dabei eine bloße Besitzeinweisung Platz griffe? Aber noch mehr; der Kaiser fährt fort: und es soll dieses Alles so lange unter der Obhut des Kurator stehen, bis der Wahnsinnige gesundet „et acquisitionem *admiserit*", in welchem Falle es ihm dann selbst überantwortet werden soll; wer sieht nicht, daß hier der Erwerb als geschehen vorausgesetzt wird, und nur von einem Sich gefallen lassen des geschehenen Erwerbs die Rede ist; der Wahnsinnige soll nach erfolgter Genesung nicht erwerben, sondern nur den geschehenen Erwerb zulassen, so daß er darnach offenbar nicht nöthig hat, die bonorum possessio zu agnosziren, sondern jedwede Handlung, woraus seine Billigung des gemachten Erwerbes hervorgeht, voll-

kommen genügend ist, was sich ganz anders verhalten müßte, wenn der Kurator eine bloße Besitzeinweisung erlangt hätte.

2. Eine interessante Bestätigung erhält diese Ansicht aus einer andern Verordnung Justinian's, welche wenige Wochen nach unserer l. 7. erlassen worden ist, nämlich aus l. 7. C. ad SC. Trebell. (6, 49.). Justinian spricht hier zuerst von dem, einem Unmündigen hinterlassenen Universal-Fideikommiß, und verordnet hier, daß, wenn der Unmündige noch infans oder abwesend sei, auch dem Tutor allein die Restitution geschehen könne, „ne, dum nimia subtilitate utimur circa res pupillares, ipsa subtilitas ad perniciem eorum revertatur.“ Hierauf fährt er fort:

> „Idemque juris esse oportet, et si furioso fideicommissaria debeatur hereditas, ut restitutio curatori ejus soli, nomine scilicet furiosi, celebretur. Quis enim sensus, quae vox certa furioso esse intelligitur, quum in utroque casu restituentes plenissimam consequantur nostra lege securitatem? hoc eodem observando, et si ipsi pupilli vel furiosi restitutione gravati sunt.“

Wir erkennen hieraus, daß manche römische Juristen auch bei der hereditas fideicommissaria, ähnlich wie bei der hereditas directa, um wenigstens äußerlich der juris subtilitas zu genügen, den Wahnsinnigen selbsthandelnd auftreten lassen wollten [28]); aber hier, wie bei der hereditas directa, wird dieser Nothbehelf verworfen, und dagegen hier wie dort verordnet, daß durch den Kurator allein der Erwerbsakt mit voller Wirksamkeit geschehen dürfe. Wer sieht nicht die ganz parallele Behandlung beider Rechtsfragen? Wenn nun am Schlusse noch bemerkt wird, daß, wenn der Wahnsinnige mit einem Universal-Fideikommiß belastet sei, auch vom Kurator allein die Restitution des Fideikommisses unbedenklich geschehen dürfe, so liegt hierin augenscheinlich ein neuer, sprechender Beweis für die Richtigkeit unserer Ansicht, daß durch die

---

28) Vergl. oben Note 24. und den Text dazu.

agnitio der bonorum possessio von Seiten des Kurator ein wirklicher Erbschafts-Erwerb begründet werde.

3. Unsre l. 7. ist vor dem Beginn der Pandekten-Kompilation erlassen worden. Aus den Pandekten sind also natürlich alle die Streitigkeiten, welche von den römischen Juristen über unsere Frage verhandelt wurden, weggelassen, und nur solche Stellen aufgenommen worden, welche mit der Justinianischen Entscheidung in Einklang standen, oder doch durch leichte Veränderungen in Einklang gebracht werden konnten. In den Pandekten finden wir aber mehrfach ganz entschieden den Grundsatz ausgesprochen, daß der Kurator eines Wahnsinnigen eine eigentliche bonorum possessio zu agnosziren berechtigt ist, und dies muß denn auch nach dem eben Bemerkten nothwendig als in voller Uebereinstimmung mit der Justinianischen Dezision stehend angenommen werden. So finden wir einen eigenen Pandekten-Titel de bonorum possessione furioso, infanti, muto, surdo, caeco competente[29]), und schon diese Zusammenstellung in der Rubrik beweist, daß hier von einer eigentlichen bonorum possessio, und nicht von einer bloßen missio in possessionem die Rede ist, denn es ist bisher noch Niemanden eingefallen, die kühne Behauptung zu wagen, daß auch bei einem Tauben, Stummen oder Blinden eine bloße missio in possessionem Statt finde. Aus diesem Pandekten-Titel spricht aber nur das erste Fragment von einer einem Wahnsinnigen deferirten Erbschaft, und hier sagt Papinian, wenn ein Wahnsinniger zum Erben eingesetzt, und ihm ein Substitut ernannt sei, so könnten die Fristen der bonorum possessio, so lange der Wahnsinnige im Wahnsinn verbleibe, weder für den eingesetzten noch für den substituirten Erben laufen, „nec si curator furiosi nomine possessionem accipere potest, idcirco spatium temporis, quod scientibus praefinitum est, videbitur cedere; nam et pater infanti filio possessionem accipit, quo tamen cessante infans non excludi-

29) Dig. lib. XXXVII. tit. 3.

tur", d. h. „und obwohl der Kurator im Namen des Wahnsinnigen die bonorum possessio erwerben kann, so folgt daraus doch keineswegs, daß auch für den Wahnsinnigen selbst dann, wenn jener Erwerb durch den Kurator unterblieben ist, die Fristen der bonorum possessio laufen müßten; eben so wenig, wie daraus, daß der Vater für seinen filius infans die bonor. possessio erwerben kann, die Folgerung zulässig ist, daß, wenn er dies nicht gethan habe, der infans ausgeschlossen sei" [30]). Hieraus geht aber mit Evidenz hervor, daß eben so, wie der Vater für seinen filius infans die echte bonorum possessio, nicht eine bloße missio in possessionem erwirbt, dies auch bei

---

30) Mit der hier vorgetragenen Lehre Papinian's, daß wenn der Vater die Fristen der bonor. poss. vorübergehen lasse, der infans deßhalb nicht ausgeschlossen werde, stimmt auch Paulus in l. 3. quis ordo in poss. (38, 15.) überein: „Circa tempora bonorum possessionis patris scientia ignoranti filio non nocet", während dagegen Ulpian in l. 7. §. 2. de bon. poss. (37, 1.) das directe Gegentheil zu behaupten scheint: „Dies, quibus tutor aut pater scit, cedere placet." Man hat nicht selten durch Text-Veränderungen zu helfen gesucht, und so will z. B. Cujas die Worte aut pater in l. 7. §. 2. cit. als unechte ausstreichen, Cujac. Obss. XIV. 8., und in libr. XV. Quaest. Papin. ad l. 1. de bon. poss. furios. inf. (in opp. IV. p. 397.), während Huber obs. rer. judic. cap. 68. lesen will: „non cedere placet", und Schulting notae ad Dig. ad h. l. tom. VI. p. 6. sogar vorschlägt: „tutor, haud pater" zu lesen. Alle diese Vorschläge sind rein willkürlich, und stehen überdies sämmtlich im Widerspruch mit den Basiliken lib. XL. tit. 1. fr. 7. (Fabr. V. p. 286., Heimb. IV. p. 54.). Will man nicht über diese spezielle Frage eine Kontroverse unter den römischen Juristen zugeben, vergl. Fabricius Urspr. und Entw. der B. P. S. 166. Note, Mühlenbruch Forts. d. Glück'schen Komm. Bd. 42. S. 448. Note 18., so dürfte es doch, ungeachtet der Einwendungen von Cujac. l. c. das Natürlichste sein, den Ulpianischen Ausspruch darauf zu beschränken, daß nur für die bon. poss. des Vaters selbst der Ablauf jener Fristen präjudizirlich sei, vergl. auch Merill. Var. ex Cujac. I. 43., Observ. V. 2., Bachov. ad Treutler. vol. II. p. 975., Voet. ad Pand. lib. XXXVII. tit. 1. §. ult., Wissenbach ad Pand. XXXVII. 1. §. 6. 7., Becmann l. c. p. 49., Rotermund l. c. p. 22 sqq.

dem Kurator eines Wahnsinnigen der Fall ist, und nur, wenn der Kurator oder der Vater von der ihnen zustehenden Befugniß keinen Gebrauch gemacht haben, sollen auch noch der Wahnsinnige oder das Kind selbst, wenn sie zur Gesundheit oder zu ihren Jahren gekommen sind, anzutreten nöthig haben, für welchen Fall dann die während des Wahnsinns oder der Kindheit abgelaufene Zeit nicht gerechnet werden soll. — Wo möglich noch bestimmter geht dies Resultat aus der l. 11. de auctor. et cons. tut. et curat. (26, 8.) hervor, wo Gajus sagt:

> „Si ad pupillum aut furiosum bonorum possessio pertineat, expediendarum rerum gratia et in agnoscenda et in repudianda bonorum possessione voluntatem tutoris curatorisque spectari debere placuit, qui scilicet, si quid eorum contra commodum pupilli furiosive fecerint, tutelae curationisve judicio tenebuntur“ [31]).

Daß man hierbei nicht an eine bloße missio in possessionem denken kann, bedarf doch gewiß keiner besondern Ausführung. — Ferner gehört hierher l. 35. ad SC. Trebell. (36, 1.), in welcher Stelle sich Ulpian so äußert:

> „Quum haec instituta furiosa hereditatem esset rogata restituere, curatorem ejus secundum tabulas bonorum possessione accepta posse transferre actiones, Divus Pius decrevit.“

---

31) Mit dem Ausspruch von Gajus, daß der curator furiosi die bon. poss. auch frei repudiiren könne, steht freilich die Aeußerung Ulpian's in l. 1. §. 5. de succ. edicto (38, 9.) in unvereinbarem Widerspruch. Offenbar waren beide Juristen verschiedener Ansicht, und zwar hängt dies damit zusammen, daß Ulpian die dem Kurator einzuräumende bon. possessio als eine decretalis ansah, bei welcher bekanntlich eine Repudiation überhaupt unzulässig ist, während Gajus kein Dekret für nöthig hielt; vergl. auch, was weiter unten im Texte über l. 1. §. 5. cit. gesagt ist.

Der Kurator eines Wahnsinnigen soll also die bonorum possessio secundum tabulas erwerben, und nachdem durch diesen Erbschafts-Erwerb dies fideicommissi venit, soll durch den Kurator die Restitution des Universal-Fideikommisses bewerkstelligt werden; ein Satz, welcher, wie wir schon oben sahen, von Justinian nochmals besonders wiederholt worden ist. Mit der Annahme einer bloßen missio in possessionem ist auch diese Stelle offenbar unvereinbar. — Endlich mag hier auch die l. 48. §. 1. de legat. I. angeführt werden, wo Proculus sagt:

„Bonorum possessione dementis curatori data, legata a curatore, qui furiosum defendit, peti poterant",

wo auch wieder so deutlich, wie möglich, dem Kurator des Wahnsinnigen das Recht eingeräumt wird, eine eigentliche bonorum possessio zu erwerben. — Verbindet man mit allen diesen Stellen solche Quellen-Aussprüche, in denen von einer bloßen Besitz-Einweisung die Rede ist, vergleicht man namentlich hiermit die Ausdrucksweise in dem Titel de ventre in possessionem mittendo (37, 9.), so müssen wir doch wohl zu der Ueberzeugung gelangen, daß die Pandekten nichts davon wissen, daß der curator furiosi zu einer bloßen missio in possessionem berechtigt sei, und da die Pandekten schon in vollem Einklang mit der früher erschienenen l. 7. C. de curat. fur. gebracht sind, so müssen wir es als Grundsatz des Justinianeischen Rechts anerkennen, daß der Kurator eines Wahnsinnigen einen wirklichen Erbschaftserwerb für seinen Pflegling vornehmen könne. Nur eine Stelle aus den Pandekten ist mir bekannt, die einen ernstlichen Zweifel gegen dieses Resultat erregen könnte, nämlich die l. 1. §. 5. de success. edicto (38, 9.), indem hier Ulpian sagt:

„Furiosi curator nequaquam poterit repudiare, quia necdum delata est."

Muß man hiernach sagen, daß die bonorum possessio während des Wahnsinns gar nicht einmal deferirt werde, so liegt freilich der Gedanke nahe, daß, wie von einer repudiatio, so auch von einer agnitio possessionis keine Rede sein könne. Aber Ulpian steht nicht mit sich selbst (vergl. l. 35. ad SC. Trebell.) im Widerspruch! Verbindet man nämlich mit §. 5. den §. 7. eod.:

> „Decretalis bonorum possessio an repudiari possit, videamus. Et quidem diebus finiri potest, sed repudiari eam non posse, verius est, quia nondum delata est, nisi quum fuerit decreta“,

und erinnert man sich, daß die Mehrzahl der römischen Juristen dem Kurator nur eine decretalis bonor. possessio einräumten [32]) — die übrigens hoffentlich heut zu Tage Niemand mehr mit einer bloßen missio in possessionem identifiziren wird [33]) —, so ist es klar, daß Ulpian in §. 5. cit. nichts weiter sagen will, als: der Kurator kann die bonor. possessio nicht repudiiren, weil es ein decretalis ist. Freilich paßt dieser Ausspruch nicht mehr zu Justinian's Entscheidung in l. 7. §. 2. C. de curat. fur., aber da dieser Entscheidungsgrund nicht so gerade heraus, sondern nur versteckt von Ulpian ausgesprochen war, so begreift sich leicht, daß die Kompilatoren den Widerspruch mit l. 7. C. cit. übersehen, und Ulpian's Ausspruch arglos aufnehmen konnten. So viel ist jedenfalls gewiß, daß diese unvorsichtig rezipirte Stelle das aus Justinian's Verordnung selbst und aus einer ganzen Reihe anderer Quellen-Aussprüche gewonnene Resultat nicht im Mindesten wankend machen kann.

4. Es könnte unbegreiflich scheinen, wie bei so zahlreichen und so bestimmten Quellen-Zeugnissen doch die Mei-

---

32) Vergl. oben Note 26.

33) v. Löhr in seinem Magazin II. S. 437 ff., IV. S. 420 ff., Fabricius Urspr. und Entw. d. B. P. S. 162 ff.

nung habe entstehen und Wurzel fassen können, daß der Kurator des Wahnsinnigen zu einer bloßen Besitzeinweisung ohne die Wirkungen des Erbschaftserwerbs befugt sei, wenn nicht bei der vom Kurator agnoszirten bonorum possessio eine Eigenheit vorkäme, welche allerdings jenen Gedanken sehr nahe legt. Nach dem ganz unzweideutigen Ausspruche Justinian's soll nämlich der durch den Kurator gemachte Erbschaftserwerb nicht, wie es die bekannte Regel des römischen Rechts: semel heres, semper heres eigentlich mit sich brächte, ein unwiderruflicher sein, sondern es wird den eigenthümlichen Verhältnissen eines Wahnsinnigen in soweit Rechnung getragen, daß nicht nur der Wahnsinnige, sobald er genesen ist, sich vollständig von der Erbschaft wieder losmachen kann, sondern auch der geschehene Erwerb von selbst rückgängig wird, wenn der Wahnsinnige im Wahnsinn verstirbt, vergl. l. 7. §. 8. C. de curat. fur., und die in Gemäßheit hiervon offenbar interpolirten l. 51. pr. de H. P. und l. 2. §. 11. 13. ad SC. Tertull. (38, 17.). Weil sich diese Sätze am leichtesten erklären lassen, wenn man annimmt, daß noch gar kein eigentlicher Erwerb der Erbschaft vorausgegangen sei, so ließ man sich dadurch bestimmen, die vom Kurator geschehene Agnition der bonor. possessio als eine bloße missio in possessionem aufzufassen, obwohl freilich die in dem Obigen angedeuteten Argumente vor einer solchen Auffassung hätten bewahren sollen. Das Richtigere ist vielmehr ohne Zweifel, daß jene Agnition einen wirklichen Erbschaftserwerb begründet, aber derselbe wieder rückgängig wird und seine Wirkungen verliert, wenn der Wahnsinnige nach erlangter Genesung ausschlägt, oder wenn er im Wahnsinne verstirbt. Obwohl dies nun allerdings eine Anomalie involvirt, so ist dies doch nicht so beispiellos im römischen Rechte, daß man sich deßhalb berechtigt sehen könnte, gegen die bestimmtesten Quellen-Aussprüche aus einem wirklichen Erbschafts-Erwerbe eine bloße missio in possessionem zu machen. Man denke nur z. B. an die in integrum restitutio eines extraneus heres oder an die Abstention eines

suus heres, oder an den Fall, wenn gegen einen Testaments-Erben die querela inofficiosi testamenti mit Wirksamkeit durchgesetzt, oder wenn Jemanden, welcher bereits die Erbschaft angetreten hat, diese Erbschaft wegen Indignität wieder entrissen wird. In allen diesen Fällen wird ohneradchtet des Grundsatzes semel heres, semper heres, doch ein geschehener Erbschaftserwerb völlig wirkungslos gemacht, und diesen Fällen reiht sich auch in Gemäßheit der bisherigen Ausführungen der unsrige an, wenn der Kurator im Namen des Wahnsinnigen die Erbschaft erworben hat, und der Wahnsinnige dann nachher ausgeschlagen hat, oder im Wahnsinn verstorben ist. —

Nach allem Diesem muß mit Entschiedenheit der Grundsatz aufgestellt werden, daß der Wahnsinnige durch die von seinem Kurator vorgenommene agnitio bonorum possessionis die Erbschaft wirklich erwirbt, und dieser Erwerb nur später wieder aufgehoben wird, wenn der Wahnsinnige nach erlangter Genesung die Erbschaft ausschlägt, oder wenn er im Wahnsinn verstirbt. Hiermit ist aber die ganze Grundlage der Meinung, daß die Portion des weggefallenen Wahnsinnigen mit Rechtsnothwendigkeit den Miterben desselben zufalle, vollständig zerstört, denn das Anwachsungsrecht setzt seiner Idee nach nothwendig voraus, daß der Miterbe vor geschehenem Erwerbe wegfällt, und in allen solchen Fällen, in denen ein Miterbe einer von ihm bereits erworbenen Erbschaft später wieder entfremdet wird, tritt nicht das Anwachsungsrecht, wenigstens nicht mit Rechtsnothwendigkeit ein, sondern es liegt völlig in der Hand der Gesetzgebung, zu bestimmen, an wen die gleichsam nachträglich vakant gewordene Portion fallen solle, und dabei kann, ohne gegen irgend ein höheres Prinzip zu verstoßen, unbedenklich der Miterbe übergangen werden. So tritt auch z. B., wenn ein Erbe sich durch in integrum restitutio von der Erbschaft wieder losmacht, nicht das Anwachsungsrecht ein, sondern seine Portion soll den Gläubigern überantwortet

werden [34]); so brauchen auch nach ausdrücklicher Bestimmung des prätorischen Edikts die Miterben eines abstinirenden suus heres sich nicht die Anwachsung gefallen zu lassen, sondern sie dürfen sogar umgekehrt in einem solchen Falle sich auch von ihrer bereits erworbenen Erbschaft wieder lossagen [35]); so kommt, wenn nur Einem von mehreren Erben seine Portion durch querela inofficiosi testamenti wieder entzogen wird — was namentlich dann vorkommen kann, wenn neben einer persona turpis noch personae honestae eingesetzt sind, und ein Bruder präterirt worden ist —, diese Portion nicht den Miterben, sondern dem querulirenden Bruder zu Gute [36]); und eben so hat bekanntlich das Gesetz, wenn einem Miterben wegen Indignität seine bereits erworbene Portion wieder entrissen wird, für die verschiedenen Fälle verschieden bestimmt, an wen dieses erepticium fallen solle [37]). Wir sehen, in keinem solchen Falle tritt das Anwachsungsrecht prinzipmäßig und mit Rechtsnothwendigkeit ein, sondern sollen die Miterben ein Recht auf eine solche Portion erhalten, so muß dies durch ein besondres Gesetz angeordnet sein, und wenn dies geschehen ist, so ist es doch nicht das eigentliche wahre Anwachsungsrecht, sondern nur ein Analogon desselben, welches ihm nur in seinen Wirkungen nachgebildet ist, aber doch nicht dieselbe Grundlage hat. Wenden wir nun dies auf unsre Frage an, so müßte nothwendig, um den Miterben des nach gemachtem Erwerbe weggefallenen Wahnsinnigen ein Recht auf dessen Portion einräumen zu können, dies durch ein Gesetz besonders bestimmt sein, denn nach allgemeinen Grundsätzen können sie eine solche Befugniß, nachdem einmal die Erbschaft von dem Wahnsinnigen erworben worden ist, nicht ferner in Anspruch nehmen. An einem solchen besondren Gesetze fehlt es aber gänzlich, indem

34) L. 61. de acqu. v. om. hered. (29, 2.).

35) L. 55. 56. de acqu. v. om. hered. (29, 2.).

36) L. 24. de inoff. test. (5, 2.), l. 27. C. eod. (3, 28.).

37) Vergl. z. B. mein Pand. Lehrb. II. §. 565. Anm.

vielmehr in unsrer l. 7. §. 8. cit. für einen solchen Fall, mit offenbar absichtlicher Uebergehung der Miterben, nur der Substitut, der nächstfolgende Intestaterbe des Erblassers und endlich der Fiskus gerufen sind.

§. 8.

Die bisherigen Erörterungen haben uns zu folgendem Resultate geführt. Der klare unzweideutige Wortsinn der l. 7. §. 8. C. de curat. fur. geht dahin, daß die Miterben des im Wahnsinn verstorbenen Wahnsinnigen keinen Anspruch auf dessen Portion haben; dieses muß auch als der Wille und die Absicht des Gesetzgebers angesehen werden, wenn man nicht eine unbegreifliche Kurzsichtigkeit und Gedankenlosigkeit desselben voraussetzen will (§. 6.), und auch die Rechtskonsequenz widerstreitet einem solchen Resultate nicht (§. 7.). So unzweifelhaft nun auch hiernach der Grundsatz selbst ist, daß die Miterben ausgeschlossen sind, so wirft sich uns doch noch die Frage auf, ob sich denn kein hinreichender Grund auffinden läßt, weßhalb dieselben von Justinian unberücksichtigt geblieben sind? Denn, wenn es auch vollkommen gegründet ist, daß er sie unbeschadet der Rechtskonsequenz ausschließen durfte, so wäre es doch allerdings, wie es scheint, das Natürlichste gewesen, sie zu berufen, indem dann der Gedanke durchgeführt wäre, daß sich nach dem Tode des Wahnsinnigen Alles so gestalten solle, wie wenn der Wahnsinnige nicht Erbe geworden wäre.

Auch auf diese Frage läßt sich eine vollkommen befriedigende Antwort auffinden, wenn wir auf die Zeit unsres Gesetzes die gebührende Rücksicht nehmen. Dasselbe ist am 1. September 530 erlassen worden, und zu dieser Zeit galt noch in vollem Umfange das Kaduzitätsrecht der lex Julia et Papia Poppaea. Es ist allgemein bekannt, daß durch dieses so vielfach wichtige und eingreifende Gesetz das testamentarische Anwachsungsrecht fast gänzlich beseitigt, und an dessen Stelle die wesentlich davon verschiedene caducorum vindicatio gesetzt worden ist. Ueberall nämlich, wenn eine letzt-

willige Bedenkung an sich giltig errichtet war, aber nachher aus irgend einem Grunde unwirksam wurde (caducum und in causa caduci), sollte darnach nicht das Anwachsungsrecht Platz greifen, sondern es sollte vielmehr die kaduk gewordene Portion der Regel nach dem Substituten, und hierauf dem Aerarium, oder späterhin dem Fiskus zufallen. Das Anwachsungsrecht unter testamentarischen Miterben war hiernach nur noch eine bloße Ausnahme, die in einigen beschränkten Fällen eintrat, und in den weit meisten Fällen kamen nicht die Miterben, sondern vielmehr der Fiskus an die Reihe. Dieses Recht galt nun noch zur Zeit, als Justinian seine l. 7. C. de curat. fur. erließ, und erst fast vier Jahre später, am 1. Juni 534, wurde dasselbe durch die berühmte l. un. C. de caduc. toll. (6, 51.) abgeschafft, und das jus antiquum wieder in seine alten Rechte eingesetzt. Allerdings zwar hatte Justinian schon früher die Absicht, das Kaduzitätsrecht abzuschaffen, und demgemäß hatte er auch — wie er uns in den Publikations-Patenten der Pandekten vom 16. Dezember 533 in der const. Tanta §. 6. und der const. Δέδωκεν §. 6. angibt — die zur Verfertigung der Pandekten niedergesetzte Kommission darauf instruirt, von diesem Kaduzitätsrecht nichts in die Gesetzsammlung aufzunehmen; aber unsre l. 7. cit. ist erlassen worden, ehe noch einmal diese Kommission niedergesetzt und der Plan zu den Pandekten entworfen war; und in keinem Falle war doch auch schon durch eine bloße Instruktion der gesetzliche Zustand selbst schon geändert, sondern die wirkliche Aenderung trat erst mit der Publikation der Pandekten, und vollständig erst mit der l. un. C. de caduc. toll. ein. Es ist also ganz unleugbar, daß zur Zeit, wo die l. 7. C. cit. erlassen wurde, das Anwachsungsrecht unter testamentarischen Miterben der Regel nach gar nicht galt, und darin liegt denn ein vollgiltiger Erklärungsgrund, weßhalb Justinian in diesem Gesetze auf die Miterben keinerlei Rücksicht genommen hat.

Uebrigens führt uns dies auch noch zu folgender Be-

merkung. Selbst, wenn die Ausführungen des vorigen Paragraphen, daß durch die Agnition der bonorum possessio von Seiten des Kurator ein wirklicher Erbschaftserwerb für den Wahnsinnigen herbeigeführt werde, nicht begründet wären, wenn man also auch annehmen müßte, daß der Kurator wirklich nur eine bloße Besitzeinweisung erhielte, und mit dem Tode des Wahnsinnigen es gewiß würde, daß dessen Portion von ihm nicht erworben sei und nicht erworben werden könne: so würde dennoch die in §. 5. angedeutete Theorie der Gegner durch das eben Angeführte eines jeden Stützpunkts beraubt, denn augenscheinlich ist das ganze Fundament derselben die unzweifelhaft irrige Voraussetzung, daß zur Zeit der l. 7. cit. das Anwachsungsrecht unter Miterben die Regel gebildet habe, und nimmt man diese Voraussetzung hinweg, so ist schlechthin kein Grund denkbar, in diesem Gesetze die Miterben zu subintelligiren. Mag man also von der Voraussetzung ausgehen, daß durch die Handlung des Kurator ein wirklicher Erbschaftserwerb begründet wird, der nur später durch Repudiation oder durch Tod seine Wirkungen verlieren kann, oder mag man irriger Weise annehmen, daß der Kurator eines Wahnsinnigen blos in den Besitz der Erbschaft eingewiesen werde, und ein Erbschaftserwerb unmöglich sei: so bleibt für unsre Frage immer dasselbe Resultat, daß in Gemäßheit der l. 7. cit. die Miterben des Wahnsinnigen niemals und unter keiner Voraussetzung einen Anspruch auf die durch den Tod des Wahnsinnigen ledig gewordene Portion machen können, sondern dieselbe immer, wenn kein Substitut ernannt ist, dem der Reihe nach nächsten Intestaterben des Erblassers zufällt.

§. 9.

Dieses Resultat wird auch noch bestätigt, wenn man mit der l. 7. C. cit. ein andres, einige Zeit vorher erlassenes Gesetz von Justinian in Verbindung bringt, nämlich die l. 9. C. de impub. et al. substit. (6, 26.). Justinian verordnet hier, wenn Jemand einen wahnsinniger Deszendenten habe,

so müsse er demselben zwar allerdings den Pflichttheil hinterlassen, dürfe aber für den Fall, daß der Wahnsinnige im Wahnsinn versterbe, alles demselben Hinterlassene einem Andern zuwenden, und es solle die Ernennung eines solchen Substituten nicht als eine Belästigung des Pflichttheils angesehen werden dürfen. Daß dieses der wahre Sinn der freilich sehr bestrittenen l. 9. cit. ist, wird heut zu Tage mit größtem Rechte von der Mehrzahl der Theoretiker angenommen [38]), und wenn daraus eine freilich sehr verbreitete Praxis den monströsen Satz gebildet hat, daß der Aszendent für sein wahnsinniges Kind ein Testament errichten könne, und der in einem solchen Testamente eingesetzte Erbe das ganze Vermögen des Wahnsinnigen erhalte (sogen. Quasipupillar-Substitution), so hat dies bei dem Zweck, den wir hier durch die Betrachtung der l. 9. cit. erreichen wollen, keine Bedeutung. Wir halten uns an den ursprünglichen Gedanken Justinian's, daß der Erblasser über das dem wahnsinnigen Kinde Hinterlassene für den Fall, daß das Kind im Wahnsinne versterben sollte, anderweit so verfügen könne, wie wenn dasselbe gar nicht an den Wahnsinnigen gekommen wäre. Bei dieser anderweiten Verfügung hat aber der Kaiser eine bemerkenswerthe Beschränkung zugefügt; es soll nämlich der testirende Aszendent dann, wenn er außer dem Wahnsinnigen noch andere Deszendenteu hat, den Substituten nur aus dem Kreise dieser Deszendenten herauswähleu dürfen, und nur dann, wenn er keine weiteren Deszendenten hat, darf er einen jeden beliebigen Dritten substituiren.

Diese Verordnung wird nun in unsrer l. 7. cit. ausdrücklich von Justinian bestätigt, denn es heißt dort in §. 1. so:

> „Si autem parentes ab hac luce decedere contigerit, nostra constitutio, quam promulgavimus de his, quae in testamento furioso relinquenda sunt, vel substitutione eorum, in suo robore permaneat“,

---

38) Vergl. mein Pand. Lehrb. II. §. 456. und die dort Angeführten.

und es versteht sich also von selbst, daß in der l. 7. nichts vorkommen soll, was mit der l. 9. cit. in Widerspruch stände, oder wodurch die Bestimmungen der l. 9. indirekt paralysirt werden würden. Dies wäre aber augenscheinlich der Fall, wenn man die hier bekämpfte Auslegung der l. 7. §. 8. cit. annehmen wollte, und eben darin liegt ein neues, nicht unbedeutendes Argument gegen diese falsche Interpretation.

Setzen wir, es hat Jemand einen wahnsinnigen Sohn Titius, und eine gesunde Tochter Sempronia, und diese seine beiden Kinder setzt er auf ihren Pflichttheil ein, während er die andre Hälfte seines Vermögens beliebigen Dritten hinterläßt. Will hier der Erblasser seinem wahnsinnigen Sohne einen Substituten ernennen, so muß er dazu in Gemäßheit der l. 9. C. cit. ausschließlich seine Tochter Sempronia wählen; d. h. nach dem ausdrücklich und bestimmt ausgesprochenen Willen Justinian's soll in einem solchen Falle der Erbtheil des Wahnsinnigen an keinen Dritten fallen. Setzen wir aber, der Erblasser hätte keinen Substituten ernannt, so würde nach der gegnerischen Interpretation der l. 7. §. 8. cit. der Erbtheil des Wahnsinnigen sämmtlichen Miterben desselben zufallen, und es würde also darnach der größere Theil desselben gerade an solche Personen komme, denen nach l. 9. cit. nichts davon zugewendet werden darf! Ja noch mehr, es würde nach dieser Interpretation völlig in der Macht des Erblassers stehen, in Gemäßheit der l. 7. §. 8. cit. denjenigen allein den ganzen Erbtheil zuzuwenden, die er nach l. 9. cit. gar nicht berücksichtigen darf. Gesetzt, der Erblasser macht folgendes Testament: „mein wahnsinniger Sohn Titius und der X sollen die eine Hälfte meiner Erbschaft haben; meine Tochter Sempronia und den Z setze ich auf die andre Hälfte ein." Wenn in einem solchen Falle, wie die Gegner es wollen, dann, wenn der Titius im Wahnsinn verstirbt, das Anwachsungsrecht eintreten soll, so kommt dies nach bekannten Regeln hier nur dem heres conjunctus X zu Gute, und die Tochter Sempronia würde darnach nichts

erhalten, während sie ausschließlich nach l. 9. cit. hätte substituirt werden können.

Wie so ganz anders verhält sich die Sache, wenn wir die Auslegung der l. 7. §. 8. C. cit. zu Grunde legen, die nach den bisherigen Erörterungen als die einzig zulässige angesehen werden muß, wornach nämlich dann, wenn kein Quasipupillar-Substitut ernannt ist, die Erbportion des Wahnsinnigen immer an die nächsten Intestaterben des Erblassers fallen muß. Von einem Widerspruche zwischen l. 7. und l. 9. citt. kann darnach niemals die Rede sein. Denn wenn der Eblasser außer dem wahnsinnigen Kinde noch andere Deszendenten hat, so sind diese ja immer die nächsten Intestaterben, und es kann also nie geschehen, daß die Portion des Wahnsinnigen nach l. 7. cit. an solche Personen falle, die nach l. 9. cit. gar nicht hätten substituirt werden dürfen, und so muß z. B. nach unsrer Auslegung der l. 7. cit. in den oben angeführten Beispielen die Erbportion des Titius stets an die Tochter Sempronia fallen, wenn sie auch nicht substituirt ist, und die Miterben X und Z können in keinem Falle Anspruch darauf machen, wie sie ja auch in keinem Falle durch Substitution hätten gerufen werden können. Mit einem Worte, nach unsrer Auslegung stehen die l. 9. und die l. 7. citt. in voller Harmonie, und in beiden Gesetzen zusammen spricht sich der gesunde Gedanke aus: wenn wir von einem Wahnsinnigen beerbt worden sind, und derselbe ist im Wahnsinne verstorben, so soll das auf ihn Gekommene zunächst immer an unsre nächsten Angehörigen fallen. Nach der gegenseitigen Auslegung würden aber die l. 9. und die l. 7. citt. in einen unauflöslichen Konflikt kommen, und es könnte darnach leicht geschehen, daß der Erblasser durch bloße Unterlassung einer Substitution die Portion des Wahnsinnigen an solche Personen bringen könnte, die er gar nicht zu Substituten hätte wählen dürfen; und umgekehrt, daß er solche Personen ganz ausschließen könnte, die nach l. 9. cit. ein ausschließliches Recht

im Falle der Substitution hätten. Da uns nun aber der Kaiser ausdrücklich sagt, daß seine l. 9. neben der l. 7. in voller Kraft bleiben soll, ein solcher Konflikt also entschieden nicht in der Absicht Justinian's begründet sein kann, so liegt in dem geschilderten Verhältnisse offenbar ein sehr beachtenswerthes Argument für die Richtigkeit der hier vertheidigten Interpretation.

§. 10.

Ich glaube, durch die bisherigen Ausführungen vollständig bewiesen zu haben, daß dann, wenn ein wahnsinniger Erbe im Wahnsinn gestorben ist, nachdem sein Kurator die Erbschaft für ihn erworben hat, diese Erbschaft niemals an die etwaigen Miterben des Wahnsinnigen fällt, sondern dieselbe stets, wenn keine Quasipupillar-Substitution vorliegt, an diejenigen Intestaterben des Erblassers kommt, welche im Augenblicke des Todes des Wahnsinnigen als die nächsten erscheinen. Ich habe gezeigt, daß dieses das übereinstimmende Resultat der grammatischen und logischen Interpretation der l. 7. §. 8. C. de curat. fur. ist, daß dieses Gesetz nur nach dieser Auslegung mit andren Gesetzen, namentlich mit l. 9. C. de imp. et al. subst., in eine befriedigende Uebereinstimmung gebracht werden kann, und daß auch die Rechtskonsequenz diesem Resultat nicht im Geringsten widerstreitet. Insbesondere habe ich auch nachgewiesen, daß das einzige Argument, was man mit einigem Scheine gegen dieses Resultat vorbringen kann, daß dasselbe nämlich mit den sonst anerkannten römisch-rechtlichen Prinzipien über Anwachsungsrecht in Widerspruch stehe, nicht nur an sich irrelevant, sondern auch ganz unbegründet ist, indem dabei ein doppelter Irrthum zu Grunde liegt, ein dogmatischer, indem man fälschlich annimmt, daß die bonorum possessio von Seiten des Kurator eines Wahnsinnigen eine bloße Besitzeinweisung, und keinen Erbschaftserwerb involvire, und ein historischer, indem man von

der irrigen Voraussetzung ausgeht, daß zur Zeit der l. 7. C. cit. das Accreszenzrecht unter Miterben die Regel gebildet habe. —

II.

Ueber den von einer Körperschaft und namentlich von einer Gemeinde zu leistenden freiwilligen Schiedseid [1]).

Von

Herrn **Dr. Röder,**
Professor an der Universität zu Heidelberg.

Obwohl der Gegenstand dieser Abhandlung neuerdings mehrfach zur Sprache gebracht worden ist, am Ausführlichsten von Linde in diesem Archiv [2]), so scheint mir doch derselbe noch keineswegs erschöpft, zum Wenigsten aber in mancher Beziehung noch nicht so behandelt zu sein, daß es befremden dürfte, wenn daraus ein merklicher Einfluß auf die Rechtsprechung sich nicht ergeben hat. Je schlimmer es nun ist, wenn die Ausbeute der Theorie großentheils für

1) Dieser Aufsatz war bereits im Jahr 1838 an die Redaktion des Archivs für civil. Praxis eingesandt, aber verlegt und erst vor Kurzem wieder gefunden worden. Außer einigen Streitschriften von Huß und Linde (in Linde's Zeitschrift Bd. 15. Nr. 7. und 8. Bd. 18. Nr. 8. u. 9.) und ein Paar Bemerkungen in der Schrift von Arnold („über Eidesleistung durch Stellvertreter" 1843.) ist aber dem Verf. Nichts von einiger Bedeutung, was inzwischen über die Frage erschienen wäre, bekannt geworden. Dieser Aufsatz kann daher füglich in ganz unveränderter Gestalt erscheinen und es wird völlig genügen, hier und da in einer Anmerkung einzele in jenen Schriften geltend gemachte Ansichten nachträglich zu berühren.

2) Bd. X. S. 1—66, Bd. XIII. S. 181—193.